



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

BIANCA DE OLIVEIRA NOVAES

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**BRASÍLIA-DF
2012**

BIANCA DE OLIVEIRA NOVAES

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro

**BRASÍLIA-DF
2012**

BIANCA DE OLIVEIRA NOVAES

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro

Brasília, 05 de outubro de 2012.

Banca Examinadora

Júlio César Lérias Ribeiro
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

AGRADECIMENTO

A Deus, por me proporcionar amor incondicional, me abençoando e me ajudando, principalmente, nos momentos de extrema dificuldade, mostrando que sempre posso confiar nele.

Aos meus pais, Anézio Ramos de Oliveira e Maria Francisca de Novaes Ramos, por estarem sempre ao meu lado, me apoiando e me incentivando; a ajuda e o amor deles foi o que me trouxe até aqui e é muito bom saber que estarão comigo no que ainda está por vir.

Aos meus amigos e familiares, pelo carinho e pelo incentivo que dedicaram a mim durante estes 5 anos de luta. Ana Laura Marinho, Brunna Almeida, Carolina Moreira, Isabel Bartira, Joscielle Amorim, Ludmila Ferreira, Renata Adjuto e Suzane Basílio, muito obrigada por toda a ajuda e apoio, tenho certeza que sem a ajuda de vocês não teria chegado até este momento, espero que nossa amizade cresça e dure muitos anos.

Ao meu orientador, Júlio Lérias pela paciência, dedicação e por compartilhar comigo seus conhecimentos técnicos, permitindo assim que este trabalho fosse desenvolvido.

Aos meus professores, que me proporcionaram o conhecimento necessário ao desenvolvimento deste projeto.

A todas as pessoas, que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste sonho.

Muito obrigada!

RESUMO

O trabalho monográfico aborda o tema da possibilidade jurídica da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Este estudo visa a compreender se a adoção do nascituro é realmente viável juridicamente, tendo como base a análise das diversas fontes legislativas, tais como a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Nova Lei de Adoção (lei 12.010/2009). O texto identifica a existência da adoção do nascituro dentro do ordenamento brasileiro, já que ao nascituro são concedidos diversos direitos, sendo possível assim, o seu reconhecimento como sujeito de direitos, entre estes o da adoção. Além do que, não sendo estabelecida nenhuma idade mínima para a consideração de um ser como criança, nada mais justo que se considere, também, o nascituro como tal, e, assim, merecedor de todos os benefícios a elas atribuídos, dentre eles, o direito de ser adotado.

Palavras-chaves: Adoção. Nascituro. Personalidade Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. Instituto jurídico da adoção: generalidades	10
1.1 - A adoção do nascituro como concretização dos direitos fundamentais da criança.	10
1.2 – Adoção: Generalidades.....	15
1.3 – Nascituro: generalidades	23
2. A proteção jurídica do nascituro no ordenamento jurídico	29
2.1 - Normas constitucionais e a proteção do nascituro.....	29
2.2 – A adoção do nascituro segundo o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente	34
2.3 - A adoção do nascituro segundo a Nova Lei da Adoção.....	39
3. A jurisprudência brasileira e a adoção do nascituro	44
3.1 – Jurisprudências semelhantes que convalidam a tese da adoção do nascituro	44
3.1.1 – Recurso Especial nº 48119 do Superior Tribunal de Justiça	44
3.1.2 – Recurso Inominado nº 71002001048 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	46
3.1.3 – Apelação nº 0003199-60-2011.8.26.0126 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	49
3.2– Jurisprudências contrárias à possibilidade jurídica da adoção do nascituro ..	51
3.2.1 - Apelação nº 9168597-61.2009.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	51
3.2.2 - Apelação nº 1.0079.07.358013-0/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.....	53
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

Tratar-se-á neste presente trabalho sobre a possibilidade jurídica da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Esta era uma preocupação presente no Código Civil de 1916, pois este trazia a previsão da adoção do nascituro em seu artigo 372, afirmando que não se podia adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.

O dispositivo correspondente no Código Civil de 2002, artigo 1621, foi revogado com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, o artigo 45 do ECA continuou afirmando que a adoção depende do consentimento do adotado ou de seu representante legal, mas omitiu a expressão “se for incapaz ou nascituro”. Por isso, surgiu a dúvida: é possível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a adoção do nascituro?

Este estudo demonstrará que existe a possibilidade jurídica da adoção do nascituro e provará que esta simples supressão não pode significar que o legislador pretendeu acabar com o instituto, visto que o ECA excluiu toda a expressão, e não somente a palavra nascituro.

Mesmo que o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha feito menção expressa ao nascituro, em seu artigo 7º, ele destaca que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

A leitura deste dispositivo nos leva a concluir que a expressão “criança” abrange também o nascituro, já que, logo mais adiante, o próprio artigo destaca que a proteção dá à criança visa permitir “o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso,...”. Qual seria a finalidade desta expressão, caso a intenção do ECA não fosse proteger também a criança ainda no ventre de sua mãe?

Ocorre que, a adoção do nascituro, apesar de sua importância, não é um tema que desperta interesse de muitos doutrinadores. Há uma escassez de

trabalhos doutrinários sobre o tema e os poucos doutrinadores que o mencionam, o fazem apenas em poucos parágrafos. A doutrina brasileira não está dando a devida importância a um tema tão essencial.

Com este trabalho monográfico, demonstrar-se-á como a adoção do nascituro é um tema que deveria estar mais em pauta entre os juristas brasileiros. A parte todas as divergências sobre o assunto, caso fosse dada a devida atenção a este instituto, ele poderia ser desenvolvido, melhor aplicado e este tipo de adoção seria um ótimo instrumento para ajudar a evitar problemas como o crescente número de abortos, abandono infantil e a superlotação dos abrigos, só para citar alguns dos problemas que crianças, geradas por pessoas que não as querem, costumam enfrentar.

O nascituro, segundo o artigo 2º do Código Civil, deve ter seus direitos postos a salvo. A possibilidade de sua adoção seria, portanto, uma forma de pôr a salvo o seu direito de ter uma família, uma família que tivesse condições de lhe acolher e de lhe garantir direitos básicos como: vida, saúde, moradia e, principalmente, o direito à vida. Mas ainda há aqueles que optam pela não possibilidade desta adoção sob o argumento de que o nascituro não é pessoa, portanto não seria sujeito de direitos e, nesse caso, não poderia ser adotado. Por isso a importância deste estudo, que defende a adoção do nascituro, conforme argumentos desenvolvidos nos capítulos.

Buscando defender a posição assumida, o capítulo 1 traz, primeiramente, uma abordagem, doutrinária, sobre os direitos fundamentais e suas gerações, fazendo uma relação com o instituto da adoção do nascituro, além de demonstrar que o nascituro, sendo considerado criança, com direitos desde a concepção, deve ter os seus direitos fundamentais garantidos, como qualquer outro ser humano. Para finalizar o capítulo, é feita uma descrição geral dos dois componentes do tema abordado na monografia: a adoção e o nascituro; trazendo uma análise de suas características e, também das teorias sobre o início da personalidade jurídica do nascituro, sempre destacando como estes pontos viabilizam a adoção do nascituro.

O capítulo 2 faz uma análise da proteção jurídica concedida ao nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, é feito um estudo da proteção do

nascituro sob a ótica da Constituição, depois de acordo com o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente e, por fim, analisa-se a proteção do ser em formação tendo como ponto de vista as inovações trazidas pela Nova Lei de Adoção, a Lei 12.010 de 2009, sempre buscando demonstrar como cada uma dessas leis, ao regulamentar e proteger os direitos concedidos ao nascituro, acabam por tornar viável a sua adoção.

Já no capítulo 3, há a apresentação de jurisprudências que, embora não tratem diretamente do tema a ser abordado, já que este assunto é escasso entre os tribunais brasileiros, e traz uma série de argumentos que ajudam a validar a tese que será defendida. Primeiro serão trazidas jurisprudências que, de certa forma, defendem o mesmo posicionamento a ser apresentado ao concluírem por ser o nascituro sujeito de direitos. Depois, são colacionados julgados contrários a esta hipótese, sendo que seus argumentos são combatidos para que seja demonstrada a validade da adoção de nascituro.

Por fim, com o objetivo de se comprovar a viabilidade da adoção do nascituro, é importante ressaltar que a pesquisa aqui realizada se baseia em livros doutrinários, principalmente, nos argumentos apresentados pela professora Silmara J. A. Chinelato a respeito do tema; assim como em artigos de defensores da tese e na legislação específica, qual seja: a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 12.010/2009 (Nova Lei de Adoção).

1. Instituto jurídico da adoção: generalidades

Este capítulo traz, primeiramente, uma abordagem, doutrinária, sobre os direitos fundamentais e suas gerações, fazendo uma relação com o instituto da adoção do nascituro, além de demonstrar que o nascituro, sendo considerado criança, com direitos desde a concepção, deve ter os seus direitos fundamentais garantidos, como qualquer outro ser humano. Para finalizar o capítulo, é feita uma descrição geral dos dois componentes do tema abordado na monografia: a adoção e o nascituro; trazendo uma análise de suas características e, também das teorias sobre o início da personalidade jurídica do nascituro, sempre destacando como estes pontos viabilizam a adoção do nascituro.

1.1 - A adoção do nascituro como concretização dos direitos fundamentais da criança.

Os direitos fundamentais, conforme já se consolidou, são direitos inerentes à pessoa humana e pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem e são indispensáveis para a garantia de uma existência livre, digna e igualitária¹. Eles começaram a ganhar força devido a uma mudança de mentalidade na sociedade, já que esta passou a reconhecer que o indivíduo tem primeiro direitos e depois deveres em relação ao Estado, e que este tem primeiros deveres e depois direitos em relação indivíduo². No Brasil, estes direitos estão disciplinados na Constituição de 1988, e a doutrina, usualmente, os situa em três, às vezes, em quatro gerações.

A primeira geração surge com a necessidade de garantir mecanismos de defesa para o indivíduo, contra o Estado. Com a rápida expansão do Poder foi necessária a criação de direitos que a limitassem. Por isso, a primeira geração dos direitos fundamentais abrange, principalmente, aqueles que estabelecem abstenção dos governantes, cria obrigações de não-fazer, de não intervir nas esferas íntimas

¹ Neide Maria Carvalho Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf>. Data de acesso: 13/05/2012.

² MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 107.

de cada indivíduo, indispensáveis ao seu digno desenvolvimento, como bem reforça o ministro Gilmar Mendes e seus coautores³.

Como o principal objetivo desta geração é garantir a mínima intervenção do Estado e, conseqüentemente, um desenvolvimento digno do ser humano, tanto a criança, como também o nascituro têm o direito de ver este desenvolvimento digno garantido. Portanto, é possível afirmar que todo e qualquer instituto destinado a preservar e garantir segurança ao nascituro estará intimamente ligado aos direitos fundamentais, reservados a todos os indivíduos, sem distinção e, por isso, será um direito a ele garantido constitucionalmente.

A segunda geração não está mais ligada a prestações negativas, de abstenção do Estado. Ela cobra uma atuação positiva do Estado, cobra ações concretas do poder público para com a sociedade. É esta geração que faz surgir direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer. Ela busca fazer com que o Estado, por meio desses direitos, garanta igualdade e liberdade a todos os membros da sociedade. Sob este prisma, é possível perceber que, além dos direitos de prestação, esta geração também engloba o que se costuma chamar de liberdades sociais, como é o direito de greve, por exemplo, já que esses direitos chamados sociais são essenciais para a garantia de uma liberdade com igualdade⁴.

Importante lembrar que, assim como os direitos de primeira geração, os de segunda geração também são garantidos a todos os seres humanos indistintamente e, esta afirmação leva à conclusão de que também ao nascituro deverão ser garantidos direitos à assistência social e à saúde, por exemplo. Estes são direitos compatíveis com a sua natureza de pessoa ainda não nascida, mas que mesmo assim deve ser protegida. E que melhor maneira de ver estes direitos garantidos ao nascituro do que permitir que, desde a sua concepção, ele esteja amparado por uma família que o deseje e tenha condições de lhe proporcionar assistência e segurança.

³MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 107.

⁴MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 110/111.

Por fim, os direitos de terceira geração não são dirigidos ao ser humano considerado de forma individual, mas estão destinados à proteção da coletividade, são os chamados direitos difusos ou coletivos. Como exemplo pode-se citar o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Porém, em relação a esta geração, como bem demonstra os autores do livro *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, ainda há uma discussão doutrinária sobre a inclusão ou não destes direitos no rol de direitos fundamentais⁵.

Mas o que deve se ter em mente é que, colocando de lado qualquer discussão doutrinária, todas as gerações de direitos fundamentais devem ser interpretadas conjuntamente, uma não exclui a outra, não é porque surgiu uma terceira geração de direitos que a primeira e a segunda deverão ser deixadas de lado. Todas as gerações de direitos são essenciais para a garantia de um estado democrático, em que tanto a liberdade quanto a igualdade, individual e coletiva são asseguradas e o desenvolvimento digno de todo ser humano, sem distinção, é colocado em primeiro lugar⁶.

Porém, a compreensão dos direitos fundamentais não passa somente pelo conhecimento de suas gerações; é preciso também entender suas características e assim, analisá-los de todas as formas possíveis, entendê-los a partir do contorno que a sociedade brasileira os dá.

Primeiramente, é preciso analisar duas características que, muitas vezes são atribuídas aos direitos fundamentais, sem que qualquer exceção ou limitação seja admitida: a universalidade e o suposto caráter absoluto dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados sempre como universais e absolutos.

⁵MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 111.

⁶MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 112.

Não há dúvidas de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais, porém, como bem afirma Paulo Gustavo, a Constituição Federal instituiu alguns direitos específicos, ligados somente a um grupo de pessoas, como por exemplo, os direitos destinados a proteger o interesse dos trabalhadores. Esta seria uma forma de limitação à universalidade dos direitos fundamentais⁷.

Além do mais, a própria aplicação dos direitos fundamentais pode sofrer limitações, quando colocados em confronto, por exemplo, com outros valores constitucionais ou, até mesmo, com outros direitos fundamentais, ou seja, direitos fundamentais não são absolutos. A própria Constituição se encarregou de estabelecer limites para os direitos que instituiu. Um exemplo é o direito à vida, um dos mais importantes direitos fundamentais também sofreu limitação quando o artigo 5º, inciso XLVII, alínea a, da Constituição Federal⁸ estabeleceu uma exceção à proibição de pena de morte⁹.

A historicidade também deve ser levada em consideração quando se fala de direitos fundamentais e suas características, principalmente porque, não sendo eles absolutos, também não se pode afirmar que possuem validade em todo tempo e lugar. Os direitos fundamentais variam de acordo com o contexto histórico, eles evoluem. A cada tempo a sociedade conquista novos direitos, alguns desses direitos, devido à sua relevância, devem ser incorporados ao rol dos fundamentais¹⁰.

Devido a este caráter histórico, não é difícil que ocorra uma diferença de interpretação em relação a determinados direitos fundamentais. Mas diferentes interpretações não podem significar que uma seja mais importante do que a outra. Há quem entenda, por exemplo, não ser possível a adoção do nascituro, já que para

⁷MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 119.

⁸ *Art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal*: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 120.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 121.

eles este não pode ser considerado pessoa, porém aqueles que defendem a possibilidade jurídica do instituto, o baseiam, principalmente, num dos mais importantes direitos atribuídos ao ser humano, o direito à vida¹¹.

Os direitos fundamentais que se relacionam diretamente com a dignidade da pessoa humana, com a saúde física e mental, com a liberdade do ser humano são dotados, também, de inalienabilidade ou indisponibilidade, ou seja, nem mesmo o seu titular, caso deseje, pode deles dispor. Se nem mesmo os próprios titulares do direito podem preteri-lo, porque seria certo afirmar que a própria lei pretere o direito do nascituro à vida e ao desenvolvimento saudável ao, supostamente, negar o seu direito à adoção¹².

O rol dos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, é muito abrangente e suas características, inúmeras. Há, porém, um princípio que serve de base, senão para todos, para a grande maioria dos direitos fundamentais, este é o princípio da dignidade humana.

Toda vez que se fala de direito à vida, direito à integridade física, de direito à segurança, direitos estes que são considerados típicos direitos fundamentais, há uma referência mesmo que indireta ao princípio da dignidade humana, já que este é a forma mais eficiente de justificar ideias como a de isonomia, prevenindo também abusos e injustiças. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana”¹³.

Já que uma das principais funções deste princípio é evitar a ocorrência de abusos e injustiças, além de reforçar o maior direito concedido ao ser humano, o direito à vida; é possível fazer um paralelo com o instituto a ser defendido neste

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 122.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 123.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 2002. Editora Brasília Jurídica – p. 116.

trabalho, a adoção do nascituro. Os defensores desta corrente nada mais buscam senão uma melhor forma de amparar o ser humano concebido, mas que ainda não nasceu. Se até o direito penal, ao tipificar o crime de aborto sustenta esta possibilidade no direito à vida, por que não o faria também o direito civil?

Assim como um ser humano não pode ser abortado por ter o seu direito à vida garantido, ele também deveria ter direito à garantia de sua integridade física, à sua segurança, deveria ter o direito de pertencer a uma família, à uma família que o deseja, desde a sua concepção.

1.2 – Adoção: Generalidades

Como qualquer outro instituto do Direito e, principalmente, do Direito Civil, a adoção é um assunto polêmico, com diversas ramificações e que sofreu diversas mudanças ao passar dos anos. Isto permite, antes de qualquer coisa, a existência de diversas linhas de pensamento a seu respeito. Até mesmo o estabelecimento de um conceito não é algo fácil de fazer.

Por isso, são vários os conceitos dados ao termo “adoção”; cada autor procura conceituá-la da forma que mais lhe agrade, que mais se ajuste ao seu ponto de vista. Para Caio Mário da Silva Pereira, adoção “é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim” ¹⁴. Já o civilista Paulo Lôbo procura estabelecer uma abordagem mais técnica sobre o termo e a conceitua como “ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir os seus efeitos” ¹⁵.

Porém, é de se reconhecer que, de uma forma ou de outra, a maioria dos autores procura citar que a adoção forma um vínculo de parentesco entre duas pessoas estranhas. Esta é a questão chave: a adoção foi e sempre será a união de duas pessoas que, de início não se conhecem, que só poderão se conhecer com a

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. 2010. Editora Forense – p. 411.

¹⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2011. Editora Saraiva – p. 273.

convivência. Não importa qual tipo de adoção esteja sendo discutido; ela sempre envolverá esse aspecto.

Outro aspecto incontestável é que, atualmente, com o surgimento da Constituição Federal de 1988, a intervenção estatal tornou-se indispensável para a consolidação do ato de adotar uma criança. A necessidade de uma sentença judicial passou a estar expressamente prevista em dispositivos de lei, tais como o artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶ e o artigo 1619 do Código Civil de 2002¹⁷. Tendo isso em vista, a maioria da doutrina concorda em afirmar que este instituto possui uma natureza jurídica institucionalista¹⁸.

Admitir essa natureza implica afirmar que toda e qualquer ação, toda teoria a respeito do tema deve estar amparada pela ideia de possibilidade jurídica. Nada poderá ser defendido ou realizado sem que antes se comprove a possibilidade jurídica desta abordagem.

Os princípios e direitos fundamentais são amplamente utilizados para comprovar a presença de certo tema no mundo jurídico; com a adoção, isto não poderia ser diferente. A legislação brasileira, assim como documentos internacionais como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, se preocupou em enumerar diversos direitos, garantias e princípios destinados exclusivamente às crianças.

A adoção garante àquela criança, até o momento sozinha, um lar, uma família, dignidade. A adoção é, portanto, um ato de solidariedade e, por essa razão se encaixa perfeitamente em princípios como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Porém, existem dois preceitos que, pode-se afirmar, são os dois maiores garantidos às crianças em geral: o direito à vida, garantido pela Constituição no

¹⁶ Art. 47, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

¹⁷ Art. 1619, *Código Civil*: A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 2011. Editora Saraiva – p. 378.

artigo 227, *caput* ¹⁹ e o princípio do melhor interesse da criança, estabelecido no artigo 100, parágrafo único, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰.

Logo, é importante destacar a preocupação que se deve ter ao se falar de qualquer assunto relacionado ao ato de adotar uma criança, ao se tentar conceituar o instituto ou estabelecer sua natureza jurídica; em todos esses momentos é necessário sempre levar em consideração aquilo que seria o melhor interesse da criança e, mais importante ainda, verificar se o seu direito à vida está sendo preservado²¹.

Pensando no que foi discutido acima, foi que o legislador brasileiro estabeleceu várias regras que regulam o processo de adoção, visando garantir uma maior proteção ao instituto. Estas regras não estão concentradas em um único código, mas estão mais presentes no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Algumas vezes elas poderão ser contraditórias, caso este impasse apareça, é necessário lembrar a regra de que lei especial derroga lei geral e, portanto, o ECA deverá prevalecer.

São legitimados para adotar todas as pessoas civilmente capazes, ou seja, com idade superior a 18 anos, não importando o estado civil; se forem casadas ou estiverem em união estável, e caso as duas pretendam adotar a criança, então ambos terão de ter acima de 18 anos²². Porém, se somente uma das partes for a

¹⁹ Art. 227, *caput*, *Constituição Federal*: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁰ Art. 100, *parágrafo único, inciso II*, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 2011. Editora Saraiva – p. 377.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 2011. Editora Saraiva – p. 386.

adotante, nesse caso, será necessária a anuência do outro cônjuge ou companheiro para que o filho adotado possa com eles residir²³.

O ECA, em seu artigo 42, §3º ²⁴, exige que exista uma diferença mínima de 16 (dezesesseis) anos entre adotante e adotado. Contudo, a maioria da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concordam que esta não é uma norma de ordem pública e, por isso, admite flexibilização, desde que, analisando o caso concreto, perceba-se que a adoção será amparada pelo princípio do melhor interesse da criança.

Como bem destaca Paulo Lôbo ²⁵, não podem ser adotantes aquelas pessoas que se encaixam em alguma das situações descritas nos artigos 3º ²⁶ e 4º ²⁷ da lei civil, mesmo que essa situação seja transitória, pois, segundo ele, a natureza do ato, que supõe a inserção da criança em ambiente familiar saudável, propiciador do pleno desenvolvimento humano do filho, não é compatível com o estado no qual essas pessoas se apresentam.

Também não podem adotar os ascendentes, os descendentes e os irmãos do adotando, por total incompatibilidade com o instituto, visto que isto confundiria a relação de parentesco tão próxima. Esta proibição também se aplica aos tutores e curadores, pois, assim é possível garantir uma maior segurança ao interesse do menor. Mas nada impede a adoção de parentes colaterais de terceiro grau.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 2011. Editora Saraiva – p. 392.

²⁴ Art. 42, §3º, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: O adotante há de ser, pelo menos, dezesesseis anos mais velho do que o adotando.

²⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2011. Editora Saraiva – p. 277.

²⁶ Art. 3º, *Código Civil*: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

²⁷ Art. 4º, *Código Civil*: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também menciona, em seu artigo 40²⁸, que o adotando deve contar com uma idade máxima de 18 (dezoito) anos, não estabelecendo, porém, idade mínima. Além de exigir o consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, ou da própria criança, caso esta possua mais de 12 (doze) anos. O consentimento dos pais não será necessário caso estes tenham sido destituídos do poder familiar ou, depois de realizados todos os esforços cabíveis, não puderam ser encontrados.

Importante frisar o requisito da idade máxima, já que a falta de exigência no que tange à idade mínima do adotando nos permite perceber que o ECA, responsável por regular a adoção da criança e do adolescente, não possui nenhuma instrução que impeça a adoção, por exemplo, de crianças que ainda não nasceram, do nascituro.

Todos esses requisitos serão apurados no processo judicial que deverá existir para a consumação do processo de adoção. Somente após o juiz constatar a presença de todos os requisitos e verificar que não existe nenhum impedimento ao ato, a adoção será declarada por sentença judicial e passará a produzir seus efeitos.

Carlos Roberto Gonçalves divide os efeitos da adoção em duas categorias, divisão esta que nos parece apropriada. Segundo o jurista, os efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal (poder familiar, nome) ou de ordem patrimonial (alimentos, direito sucessório)²⁹.

Com relação ao primeiro grupo de efeitos é preciso dizer que a adoção gera um vínculo de parentesco entre o adotante e o adotado, vínculo este que é considerado civil, mas que a tudo se assemelha ao consanguíneo (artigo 227 §6º, CF³⁰ e artigo 41, *caput*, ECA³¹). Além de gerar o vínculo com o adotante, a adoção

²⁸ Art. 40, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 2011. Editora Saraiva – p. 401.

³⁰ Art. 227, §6º, *Constituição Federal*: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

também gera o fim de qualquer vínculo do adotado com a sua família de origem, salvo para fins de casamento. Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro não admite mais a forma de duplicidade de vínculo que permitia a adoção simples, mas ainda proíbe que adotado estabeleça vínculo matrimonial com membros de sua família de origem.

Há, porém uma exceção à regra acima, o artigo 41, §1º do Estatuto³² afirma que se um cônjuge adotar o filho do outro, então, neste caso, o vínculo com a família de origem deverá permanecer, esta é a chamada adoção unilateral.

Outro efeito de ordem pessoal consiste no poder familiar. Como o filho adotado é equiparado aos demais para todos os efeitos, então este também deve se submeter ao poder familiar, poder este que foi transferido da família de origem para a família adotante, com todos os direitos e deveres, estes especificados no artigo 1.634 e 1.689 do Código Civil.

Por fim, em relação ao primeiro grupo, existe o efeito relativo ao nome. A sentença judicial deve dar o nome do adotante ao adotado e, até mesmo o prenome poderá ser trocado caso haja pedido de alguma das partes. (artigo 47, §5º, do ECA³³).

Já quanto ao segundo grupo, a ordem patrimonial, existe a questão dos alimentos. Assim que a adoção é consumada, ambos, tanto adotante quanto adotado, serão responsáveis por prestar alimentos ao outro, caso este necessite, como ocorreria numa relação entre consanguíneos.

Neste segundo grupo ainda há o direito sucessório. O filho adotado concorre em igualdade de condições com os filhos de sangue, possui os mesmos direitos

³¹ Art. 41, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

³² Art. 41, § 1º, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

³³ Art. 47, §5º, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

sucessórios, isto surge para consolidar a igualdade entre os filhos, estabelecida pelo já citado artigo 227 §6º da Constituição Federal.

O ponto mais importante da questão relativa aos efeitos, que mais merece destaque, é o fato de a própria Constituição ter proibido “quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, o que permite concluir que não pode haver discriminação alguma entre filhos, nem mesmo em relação àqueles que ainda não nasceram, pois estes também são filhos, tanto quanto os já nascidos.

Visto os efeitos, é importante destacar os vários tipos de adoção presentes no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes decorrentes destes próprios efeitos.

A doutrina estabelece vários tipos de adoção, seja por conta do procedimento utilizado, seja por conta das características das pessoas que adotam, seja em razão das características da própria pessoa que será adotada.

A adoção será unilateral quando um dos parceiros possui um filho de outro casamento e o outro parceiro decide assumi-lo como filho. É uma forma de adoção híbrida, pois permite a mudança de apenas um dos genitores e não exclui completamente o vínculo com a família biológica, o adotado permanece com seu vínculo materno biológico, mas seu vínculo paterno será agora com o adotante e sua família. Mesmo que não haja consentimento do genitor essa adoção poderá ser realizada.

Segundo Maria Berenice Dias ³⁴, há três possibilidades para se consolidar a adoção unilateral: se o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu companheiro; se reconhecido por ambos os pais, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; ou em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente. Porém, como a própria autora observa, há divergência quanto a esta última forma, já que a adoção extinguiria o vínculo da criança com o genitor falecido.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2007. Editora Revista dos Tribunais – p. 432.

A adoção de maiores é outra forma de adoção. Ela não é proibida, no entanto, há aqueles que defendem não ser ela necessária. Pois a finalidade do instituto é o exercício do poder familiar, o que não se aplica ao caso da adoção dos maiores de 18 anos. Além do que, ainda há dúvidas em relação ao requisito do consentimento dos pais.

Há também a adoção internacional. Este é um tipo de adoção admitido constitucionalmente, mas que também gera muitas discussões. Por isso é tratada de forma mais cautelosa pela legislação brasileira, tornando, por exemplo, o estágio de convivência um requisito obrigatório.

Outro tipo é a adoção póstuma, que ocorre caso o adotante venha a falecer no curso do processo de adoção. Neste caso, segundo Maria Berenice³⁵, o efeito da adoção retroage à data do falecimento, porém essa retroatividade é excepcional, no interesse do adotando.

Existem muitas outras formas de adoção, como a adoção *intuitu personae*, em que os adotantes desejam adotar, especificamente, uma determinada pessoa; e a adoção homoparental, que se trata da adoção por um casal do mesmo sexo, assunto muito discutido nos dias atuais, depois de decisões recentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Porém o tipo de adoção mais relevante para este estudo é a adoção do nascituro, a adoção de uma criança que ainda não veio à vida, que ainda se encontra no ventre de sua mãe.

O Código Civil de 1916 admitia, claramente, a adoção do nascituro em seu artigo 372³⁶, porém a omissão do Novo Código Civil, quanto a esta possibilidade, ocasionou o surgimento de correntes tanto a favor como contra esta variante da adoção.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2007. Editora Revista dos Tribunais – p. 435.

³⁶ Art. 372, Código Civil de 1916: Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.

1.3 – Nascituro: generalidades

Vários são os conceitos apresentados para o termo “nascituro”, mas o que se percebe é que a maioria deles o definem como “o que há de vir ao mundo já estando concebido”³⁷, por exemplo, segundo Francisco da Silva Bueno³⁸, nascituro deriva do latim *nasciturus* e significa “que deverá nascer, que está por nascer”. Ou seja, nascituro é aquele que já está concebido, já se formou no ventre de sua mãe, mas que, porém, ainda não nasceu.

A maior discussão quanto ao nascituro, no entanto, não reside na sua conceituação. A grande divergência entre os doutrinadores diz respeito à existência ou não de personalidade quando se trata daquele que, embora concebido, ainda está por nascer. Para resolver esta questão, é preciso definir em qual momento pode-se dizer que a pessoa adquire personalidade e quais são os direitos e deveres advindos dessa personalidade, mas principalmente, qual o momento que pode se considerar como pessoa o ser concebido.

A doutrina apresenta diversas teorias acerca do início da personalidade civil. Existem aqueles que consideram que o ser humano só existe após o nascimento com vida (teoria natalista) e aqueles que afirmam que o ser humano existe desde a concepção (teoria concepcionista). E dessas duas derivam algumas outras correntes sobre o momento que o ser humano pode ser considerado pessoa de direitos.

A teoria natalista defende que a personalidade civil começa com o nascimento com vida³⁹, ou seja, não basta que a criança nasça, ela tem que vir ao mundo com vida para que adquira personalidade civil e tudo que a acompanha. Para esta teoria, o nascituro é apenas expectativa de pessoa.

Já a teoria concepcionista, pode-se dizer, divide-se em duas correntes: uma puramente concepcionista e a outra chamada de teoria da personalidade condicional.

³⁷ PUSSI, William Artur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2005. Juruá Editora – p. 53.

³⁸ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. 1960. Editora Saraiva, v. 6.

³⁹ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O direito do nascituro a alimentos*. 2001. Editora Aide – p. 29.

A teoria puramente concepcionista reconhece personalidade jurídica ao nascituro desde a sua concepção⁴⁰. Ou seja, o nascituro deve ser visto como ser humano, ele possui a condição de pessoa desde a sua concepção⁴¹, já que a partir desta que se inicia a vida propriamente dita. Para eles não é justo que o nascituro fique condicionado ao nascimento com vida para poder ser sujeito de direitos.

Além do que, como bem destaca Silmara J. A. Chinelato e Almeida, a legislação brasileira sempre concedeu alguns direitos ao nascituro, direitos estes que nem sempre estavam ligados ao nascimento com vida e que não possuem um rol taxativo, sendo tratados pelo código de forma bem genérica, como, por exemplo, o direito à vida, à integridade física e o direito à adoção, expressamente citado no Código Civil de 1916, mas omitido no Código Civil de 2002⁴². Ou seja, como bem afirma a supra citada autora: “*o nascituro tem direitos desde a concepção, e não expectativas de direitos*”. Aqueles autores que, se dizendo natalistas, reconhecem os direitos que a legislação pátria atribui ao nascituro, também podem ser considerados concepcionistas⁴³.

Por último, existe a teoria da personalidade condicionada que, segundo Alexandre Marlon da Silva Alberton, reconhece a personalidade desde a concepção, com a condição de que o nascituro nasça com vida⁴⁴. A personalidade existe sim desde a concepção, mas está subordinada e vinculada ao nascimento com vida⁴⁵.

Colocadas a parte as teorias e seus argumentos acerca do início da personalidade civil, é de se reconhecer procedente a afirmação de Silmara J. A. Chinelato e Almeida de que ao nascituro são concedidos direitos, proteção, e

⁴⁰ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 158.

⁴¹ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a alimentos. 2001. Editora Aide – p. 36.

⁴² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 165.

⁴³ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 175.

⁴⁴ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a alimentos. 2001. Editora Aide – p. 45.

⁴⁵ PUSSI. William Artur. Personalidade Jurídica do Nascituro. 2005. Juruá Editora – p. 94.

também deveres, independentemente do seu nascimento com vida, direitos e deveres estes que são concedidos pelos mais diversos ramos do direito brasileiro.

Perante o direito do trabalho, é possível perceber a proteção jurídica ao nascituro no momento em que é concedido à gestante um período chamado de licença-maternidade, este período garante à gestante uma estabilidade emocional, por saber que não perderá seu emprego devido à sua condição, e uma estabilidade patrimonial, já que ela não deixará de receber seu salário durante o espaço de tempo em que se encontrará afastada de suas funções e, portanto, terá condições de garantir o seu sustento e o sustento de seu filho já concebido⁴⁶.

No âmbito do direito processual civil, parte da doutrina, bem como a jurisprudência, reconhecer a capacidade do nascituro de ser parte ativa. Porém, assim como o incapaz, ele deverá ser representado⁴⁷. E já que lhe é concedido o direito de ser parte ativa, subentende-se que também poderá ser parte passiva, principalmente quando a ação se refira a patrimônio do qual é titular⁴⁸.

O direito tributário estabelece que o nascituro deve pagar o imposto de transmissão *inter vivos* caso receba algum tipo de doação, além de, se tratando de sucessão legítima ou testamentária, quando a partilha se der antes do nascimento da criança, mesmo assim esta figurará como sujeito passivo do imposto de transmissão *causa mortis*⁴⁹.

Já o Código de Defesa do Consumidor, ao definir consumidor em seu artigo 2º *caput*⁵⁰, o definiu como a pessoa destinatária final de produtos ou serviços; o nascituro pode muito bem se encaixar nesta definição, já que, por exemplo, serviços médicos que compõe o pré-natal são destinados diretamente a ele, portanto, já que ele pode ser destinatário de bens e serviços, então também tem o direito de ser

⁴⁶ PUSSI. William Artur. Personalidade Jurídica do Nascituro. 2005. Juruá Editora – p. 164.

⁴⁷ PUSSI. William Artur. Personalidade Jurídica do Nascituro. 2005. Juruá Editora – p. 173 e 174.

⁴⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – 286.

⁴⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – 286.

⁵⁰ Art. 2º, *Código de Defesa do Consumidor*: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

considerado consumidor, uma pessoa consumidora. Pode o nascituro figurar também como um exemplo da equiparação a consumidor presente no parágrafo único do mesmo artigo⁵¹ e como vítima do evento danoso, como prevê o artigo 17 do CDC^{52, 53}.

Por fim, o direito constitucional é um dos ramos do direito que mais atribui direito e deveres ao nascituro, mas que, principalmente, estabelece medidas de proteção aos seus interesses, principalmente, porque até os ramos do direito anteriormente citados encontram na Constituição Federal os fundamentos para a proteção que concedem ao nascituro. Por exemplo, a proteção à gestante e, conseqüentemente, ao nascituro decorre do artigo 7º, inciso XVIII da CF/88⁵⁴.

Além do mais, que maior proteção poderia ser concedida ao nascituro que não o direito à vida? O direito à vida é garantido constitucionalmente a todos os seres humanos, sem distinção; este é o fundamento utilizado pelo direito penal para reconhecer como crime o aborto, colocando-o, inclusive, no rol dos crimes dolosos contra a vida⁵⁵.

Também podem ser citados outros direitos do nascituro, não classificados dentre os ramos do direito já que merecem uma atenção especial.

O nascituro, desde o momento da concepção e independentemente do nascimento com vida, possui direito à filiação, já que é nesse momento, segundo a doutrinadora Silmara J. A. Chinelato e Almeida, que as relações de parentesco se estabelecem⁵⁶. Como já citado, a Constituição, no artigo 227 §6º, garante que todos os filhos devem ser tratados com isonomia, portanto, nada mais justo que todos

⁵¹ Art. 2º, *Parágrafo único*, CDC: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁵² Art. 17, *Código de Defesa do Consumidor*: Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

⁵³ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. 2000. Editora Saraiva – p. 287.

⁵⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. 2000. Editora Saraiva – p. 250.

⁵⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. 2000. Editora Saraiva – p. 247.

⁵⁶ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. 2000. Editora Saraiva – p. 206.

tenham garantido o estabelecimento do vínculo jurídico que os ligará com a família por toda a vida, não importando se são consanguíneos ou adotados, nascidos ou nascituros⁵⁷.

O direito à filiação dá origem a subespécies tais como o direito ao reconhecimento. Mesmo tendo garantida a sua filiação, é importante que os filhos sejam reconhecidos como tal por seus pais, com o nascituro não poderia ser diferente. Pontes de Miranda afirma que o reconhecimento antecipado, anterior ao nascimento beneficia, principalmente, a criança, visto que seu pai pode vir a falecer antes mesmo do seu nascimento, ou mesmo sua mãe pode não sobreviver ao parto⁵⁸. O direito à adoção também decorre do direito à filiação, porém este será tratado num item à parte.

O direito à curatela, mesmo tratando-se de uma exceção, também está disponível ao nascituro. O Código Civil, em seu artigo 1779⁵⁹ o põe a salvo. Assim como, também, põe a salvo o direito à representação, que se trata da regra geral, pois será exercida pelos pais da criança⁶⁰.⁶¹

Ao nascituro também pode ser feita doação. Ela é regulada pelo artigo 542⁶² do Código Civil e só será válida com a anuência dos seus representantes legais, porém, sendo totalmente válida a regra do artigo 539⁶³ do mesmo código, a qual afirma que o silêncio do donatário importa em aceitação, já que não há qualquer

⁵⁷ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 206 e 207.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado; parte especial; Direito de Família: Direito Parental; Direito Protectivo. 1995. Bolsoi – p. 80.

⁵⁹ Art. 1779, *Código Civil*: Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

⁶⁰ Art. 1634, *Código Civil*: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

⁶¹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 225 a 230.

⁶² Art. 542, *Código Civil*: A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

⁶³ Art. 539, *Código Civil*: O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

dispositivo que diga não ser ela aplicável à doação ao nascituro, não há dispositivo que diferencie a doação ao nascituro das demais⁶⁴.

É aplicável, também, o direito a suceder, e este tem direito à sucessão legítima e à testamentária. O artigo 1798⁶⁵ do Código Civil é enfático ao dizer que estão legitimados a suceder tanto as pessoas nascidas quanto as já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Para finalizar o rol, não taxativo, de direitos do nascituro tem-se a possibilidade de concessão dos chamados alimentos gravídicos, outra forma de demonstrar a preocupação do legislador em proteger o nascituro desde o momento de sua concepção. Silmara destaca a importância deste direito ao afirmar que os alimentos civis são devidos a nascituro, visto que este tem a necessidade de se nutrir e se desenvolver, para que possa assim, alcançar o seu objetivo final, o nascimento com vida⁶⁶.

⁶⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 232.

⁶⁵ Art. 1798, *Código Civil*: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

⁶⁶ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 243.

2. A proteção jurídica do nascituro no ordenamento jurídico

2.1 - Normas constitucionais e a proteção do nascituro.

As normas jurídicas são uma das grandes responsáveis por regular as relações humanas. Porém não é toda e qualquer norma que possui eficácia para regular as relações em uma sociedade, para que uma norma jurídica seja válida é necessário que uma norma superior lhe empreste eficácia.

Cada norma possui outra imediatamente superior responsável que lhe confere validade. O grande jurista Hans Kelsen já afirmava em sua Teoria Pura do Direito: “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”⁶⁷. Portanto, a existência de uma norma pressupõe a existência de outra superior como fundamento de sua validade.

Porém, como lembra Kelsen, esta cadeia de normas não pode tornar-se infinita, terá de findar em algum ponto do ordenamento, “tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada”, uma norma que seja superior a todas as outras. Esta norma, segundo o jurista, deve ser pressuposta, já que a norma posta deriva de uma autoridade e a competência desta deve derivar de uma norma superior. A validade desta norma não depende mais de uma outra superior e, por isso, seu fundamento de validade não pode ser questionado⁶⁸.

Há uma norma que o próprio Kelsen classifica como fundamento de validade de todas as demais. Segundo o jurista, esta norma sujeita e atribui legitimidade aos membros do poder legislativo, além de também se impor sobre todos aqueles que deverão obediência às normas editadas a partir dela⁶⁹; esta é a chamada norma fundamental. A norma fundamental é quem entrega eficácia a todas as normas que compõem o ordenamento de um país, o conjunto formado pela norma fundamental e

⁶⁷ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 135.

⁶⁸ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 136.

⁶⁹ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 136.

suas derivadas é que forma a ordem jurídica de um Estado, ela atribui unidade a uma pluralidade de normas⁷⁰.

Kelsen afirma que não é o conteúdo da norma que determina a sua validade e sim a norma fundamental da qual deriva, se a norma é instituída de acordo com uma forma pré-determinada pela norma fundamental, então ela é válida. Seguindo este pensamento, o jurista conclui que toda e qualquer conduta humana pode ser Direito, em suas palavras: “por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”⁷¹. Ou seja, para que uma conduta humana seja considerada Direito, basta que ela esteja amparada pela norma fundamental.

Um sistema jurídico que se desenvolve, principalmente, em torno de uma Constituição, como é o caso do Brasil, possui como norma fundamental, segundo Kelsen, aquela norma que, pressuposta a partir do costume ou de um ato constituinte, concedeu legitimidade para que a Assembleia Constituinte editasse a Constituição, uma norma que primeiro existiu e que possibilitou a criação desta Constituição sem, no entanto, depender de nenhuma outra norma anterior. O costume ou o ato constituinte seriam, nesse caso, os “fatos produtores de normas”. A norma fundamental neste caso é ponto de partida para o Direito positivo⁷² e o fundamento do restante de normas que compõem determinado sistema jurídico.

Importante lembrar, no entanto, que, ao aceitar a teoria da norma fundamental e compreender a existência necessária de uma norma superior a dar eficácia a uma inferior, faz-se mister concluir que as normas de uma ordem jurídica não podem ser consideradas como postas lado a lado, entre elas existe uma hierarquia, “uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras”⁷³.

A Constituição Federal não pode, segundo a teoria de Hans Kelsen, ser considerada a lei fundamental do Brasil, já que deriva de outra norma a qual deu legitimidade à assembleia que a constituiu. Porém, é o próprio Kelsen quem

⁷⁰ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 136.

⁷¹ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 139.

⁷² KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 139.

⁷³ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 141.

determina ser a Constituição, surgida a partir de uma norma fundamental anterior, a responsável por estabelecer a forma e os órgãos criadores das normas gerais de uma sociedade⁷⁴. A Constituição é o ponto mais elevado do Direito positivo, é ela quem rege todas as demais espécies normativas, é a partir dela que todas as leis brasileiras existem, é ela que lhes confere legitimidade e eficácia.

Como está no topo do ordenamento jurídico brasileiro e já que existe um sistema escalonado de normas, todas as outras codificações existentes no país devem, antes de tudo observar as normas e princípios instituídos pela Constituição. Qualquer outra norma que entre em conflito com o que ela determina não pode ser considerada, não pode existir conflito entre uma norma e a Constituição, norma primeira do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, as palavras de Hans Kelsen⁷⁵:

“Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior. Na exposição da construção escalonada da ordem jurídica se mostrará como isto sucede.”

Como afirmado anteriormente, a Constituição pode surgir tanto do costume quanto de um ato legislativo, ato este que, muitas vezes também surge a partir de uma situação prática que lhe torna necessário, ou seja, as questões constitucionais podem surgir de questão práticas, reais; não é porque são constitucionais que devem ser, necessariamente, jurídicas. A Constituição pode derivar, por exemplo, de questões políticas, jogos de interesses que exijam a sua formação⁷⁶.

Konrad Hesse, já afirmava que a normatividade deve se submeter, também, à realidade fática e às mudanças impostas pela sociedade⁷⁷. Essas mudanças exigem, acima de tudo, uma mudança também de pensamento, da forma de encarar certos institutos.

⁷⁴ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 139.

⁷⁵ KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. 1999. Editora Martins Fontes – p. 146.

⁷⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. 1991. Sergio Antonio Fabris Editor – p. 09.

⁷⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. 1991. Sergio Antonio Fabris Editor – p. 10.

A adoção do nascituro, neste caso, mesmo que alguns considerem como uma questão não jurídica é um instituto presente no ordenamento jurídico brasileiro, já que faz parte da realidade prática do país; além de ser, não a solução definitiva, mas um início do fim de problemas sociais, tais como a gravidez indesejada, entre outros ainda mais preocupantes, como o aborto.

Isto não significa, no entanto, que deva haver uma mudança radical da Constituição posta; pelo contrário, o fundamento que inclui a adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro já está presente entre os princípios e normas constitucionais. A Constituição concede ao nascituro algumas proteções, o que permite concluir que ela o considera pessoa capaz de direitos.

Primeiramente, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, caput que todos são iguais perante a lei. Não se pode fazer distinção entre pessoas por nenhum motivo, seja ela quanto à religião, ao sexo, à cor da pele e até mesmo quanto à idade.

Não permitir que o nascituro tivesse garantido o seu direito à adoção seria, com certeza, uma forma de violação ao princípio da isonomia, um dos princípios basilares do Direito Constitucional brasileiro.

Neste mesmo artigo a Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida, nenhum ser humano pode ter ameaçado o seu direito à vida, nem mesmo aquele que ainda não veio ao mundo. O direito à vida é o maior direito concedido ao ser humano pela Constituição. O próprio Direito Penal se encarregou de proteger este direito do nascituro ao criminalizar o aborto. Neste sentido, a adoção do nascituro também deve ser considerada uma forma de proteção à vida do nascituro, já que a proposta principal do instituto é adoção por uma família que o queira e o proteja, o que, conseqüentemente, será um benefício à sua vida.

A Constituição também determina ser proibida qualquer forma de discriminação entre filhos, preceito estabelecido pelo artigo 227, §6º, da Constituição Federal⁷⁸, como anteriormente citado.

Esta proibição acaba por reforçar a possibilidade jurídica da adoção do nascituro, já que o nascituro também é filho e, portanto, não poderia ter tratamento diferenciado em relação aos filhos já nascidos, e já que estes possuem o direito de serem adotados, nada mais justo que permitir também a adoção daquele que ainda não nasceu.

Importante citar o lembrete feito pelo professor Artur Marques de que as proibições criadas em relação ao instituto da adoção são somente aquelas expressamente previstas na lei, sem possibilidade de ampliação por meio de analogia⁷⁹, ou seja, já que a lei não estabeleceu nenhuma proibição à adoção do nascituro, então, mesmo que ela não esteja expressamente estabelecida em lei, deverá ser aceita.

Porém, para considerar a proteção constitucional do nascituro como um todo, é preciso considerar também os tratados e convenções internacionais que tratam do direito da criança, já que é a própria Constituição que determina, em seu artigo 5º, §2º⁸⁰, a observância dos tratados e convenções internacionais, protetivos dos direitos da criança, dos quais o Brasil seja parte. Sendo que os princípios decorrentes desses tratados, assim como os estabelecidos pelos legisladores brasileiros, como bem destaca Silmara Chinelato e Almeida, constituem cláusulas pétreas, já que tratam de direitos e garantias fundamentais⁸¹.

⁷⁸ FILHO, Artur Marques da Silva. *Adoção*. 2009. Editora Revista dos Tribunais – p. 89.

⁷⁹ FILHO, Artur Marques da Silva. *Adoção*. 2009. Editora Revista dos Tribunais – p. 95.

⁸⁰ *Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal*: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸¹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. 2000. Editora Saraiva – p. 249.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 4º, §1º⁸², protege o direito à vida, concedido a todo o ser humano, desde a concepção. Sem contar que, a própria Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, em seu artigo 3º, §1º⁸³, cria o chamado princípio do melhor interesse da criança. Ou seja, todo e qualquer instituto que envolva a criança deverá ser analisado sob o prisma do que seja melhor para a criança, deverá ser executado de forma a ser feito somente o melhor para a criança. O melhor interesse da criança é o objetivo a ser alcançado por todos aqueles que defendem a adoção do nascituro.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação do ordenamento jurídico deve partir da norma constitucional, descendo às demais normas jurídicas. Daí tratar-se-á no tópico seguinte a respeito das normas infraconstitucionais que regulam a proteção ao nascituro.

2.2– A adoção do nascituro segundo o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente

O artigo mais importante do Código Civil, no que se refere ao nascituro, é com certeza o artigo 2º⁸⁴. Nele se estabelece que a pessoa começa com o nascimento com vida, mas também é criada a ressalva de que a lei deve resguardar, desde a concepção, os direitos do nascituro, ou seja, o nascituro possui direitos e não apenas expectativas de direitos, como alguns doutrinadores afirmam; o nascituro é sim um sujeito de direitos.

Sérgio Abdalla Semião, em seu livro *Os Direitos do Nascituro*, declara expressamente, citando como um dos precursores da ideia Hans Kelsen, que “ao conceito de direito subjetivo corresponde o sujeito de direito”, acrescentando ainda

⁸² Art. 4º, §1º, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

⁸³ Art. 3º, §1º, da *Convenção sobre os Direitos da Criança*: Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

⁸⁴ Art. 2º, do *Código Civil*: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

mais adiante que “não há direito sem sujeito”⁸⁵. Ou seja, o Código Civil, ao dizer que resguarda os direitos do nascituro desde a sua concepção, acaba confirmando que este realmente possui direitos, sendo possível então classificá-lo como sujeito de direitos e, portanto, com personalidade, já que “a personalidade jurídica é a aptidão de ser sujeito de direitos...”⁸⁶.

Além do que, Artur Marques da Silva Filho afirma corretamente que, segundo Rubens Limongi França, “a personalidade já existe desde a concepção. A condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas tão-somente para que se consolide a sua capacidade jurídica”⁸⁷. Mariana Pacheco Cardoso destaca o erro que muitos doutrinadores cometem ao confundirem personalidade com capacidade, esses dois conceitos não são sinônimos⁸⁸. Francisco Amaral aborda este assunto⁸⁹:

“Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é uma projeção desse valor que se traduz em um quantum. Capacidade de capax (que contém), liga-se a ideia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreendesse, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade. O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se esta como um atributo daquela. A capacidade é então a ‘manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade’, ou a ‘medida jurídica da personalidade’. E, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.”

Portanto, já que a personalidade do nascituro existe desde a concepção, já que “pode existir personalidade sem capacidade...”⁹⁰ e já que somente assim os interesses dos ainda por nascer poderão ser completamente protegidos, então, nada

⁸⁵ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 1998. Editora Del Rey – p. 21.

⁸⁶ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 1998. Editora Del Rey – p. 22.

⁸⁷ FILHO, Artur Marques da Silva. Adoção. 2009. Editora Revista dos Tribunais – p. 100.

⁸⁸ CARDOSO, Marina Pacheco. A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 53.

⁸⁹ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 5. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220-221.

⁹⁰ CARDOSO, Marina Pacheco. A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 54.

mais correto do que a afirmar ser possível a concessão de direitos ao nascituro, e, entre eles, é possível incluir a adoção nascituro.

O artigo 372 do Código Civil de 1916 admitia expressamente a possibilidade de adoção do nascituro ao afirmar que “não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.” Com a edição do Novo Código Civil de 2002, a expressão “ou nascituro” foi retirada de seu artigo correspondente no novo código, qual seja o artigo 1621.

Até a edição da Lei 12.010/2009 o instituto da adoção era regulado tanto pelo Código Civil de 2002 quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ocorre que esta lei veio para revogar a grande maioria dos artigos do Código Civil que tratava da adoção, restando apenas os artigos 1618⁹¹, o qual determina que a adoção de crianças deverá ser feita de acordo com o estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente; e o artigo 1619, que trata da adoção dos maiores de 18 (dezoito) anos.

Esta lei revogou, inclusive, o já mencionado artigo 1621 do Código Civil de 2002, sendo que o seu correspondente no ECA, o artigo 45⁹² manteve a omissão em relação ao nascituro, ou seja, manteve a dúvida em relação à possibilidade jurídica da adoção do nascituro, já que não a proibiu nem declarou expressamente a sua viabilidade jurídica.

Esta omissão, porém, não pode significar o fim deste direito, já que, como afirma a doutrina, o rol de direitos concedidos expressamente pela legislação brasileira ao nascituro não pode ser considerado taxativo. Como exemplo, podemos citar o autor William Artur Pussi que declara existir “uma gama extraordinária de direitos em prol do nascituro desde o momento de sua concepção⁹³”. Portanto, o direito do nascituro de ser adotado permanece mesmo com a citada omissão do Código Civil de 2002, sendo incluído no rol de direitos não taxativos a ele

⁹¹ *Art. 1618, do Código Civil*: A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹² *Art. 45, Estatuto da Criança e do Adolescente*: A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

⁹³ PUSSI. William Artur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2005. Juruá Editora – p. 224.

concedidos⁹⁴. Além do mais, a simples omissão do Código Civil não pode servir de fundamento para a não utilização do instituto, pois como destaca Marina Pacheco Cardoso, em seu estudo “A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2012”, a adoção do nascituro é um instituto existente e seria errado o judiciário apenas fechar os olhos para ele⁹⁵.

A análise de alguns artigos que regulam a adoção permite a melhor compreensão da possibilidade jurídica deste instituto. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, determina que sejam consideradas crianças aqueles com até 12 (doze) anos de idade incompletos, ou seja, não estabeleceram um limite mínimo de idade para que a pessoa seja classificada como criança.

O artigo 7º desta mesma lei diz que a criança “tem direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso”; Marina Pacheco analisa este dispositivo destacando que não haveria por que constar a expressão “que permitam o nascimento” se o nascituro não fosse considerado uma criança.

Por fim, a professora Silmara J. A. Chinelato e Almeida disserta que, sendo o nascituro considerado um ser humano, nada impede a sua inclusão no conceito de criança do ECA⁹⁶, ou seja, o nascituro é uma criança e nada impede que seja adotado como qualquer outra.

Até mesmo os requisitos para a efetivação da adoção não excluem o nascituro do rol dos possíveis adotandos. Como bem destaca Artur Marques da Silva Filho, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, nem o Código Civil de 2002 trouxeram um limite de idade para poder ser adotado⁹⁷, não disseram que só os já nascidos poderiam ser adotados. O único limite de idade é feito ao adotante,

⁹⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 225.

⁹⁵ CARDOSO, Marina Pacheco. A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 52 e 53.

⁹⁶ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 222.

⁹⁷ FILHO, Artur Marques da Silva. Adoção. 2009. Editora Revista dos Tribunais – p. 99.

pois o artigo 42, § 3º do ECA⁹⁸ dispõe que este seja pelo menos 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado, o que também não pode ser tratado como uma limitação ao direito do nascituro, porque sua idade biológica pode ser facilmente determinada⁹⁹, e portanto, será possível auferir se o adotante é ou não 16 anos mais velho do que ele no momento da adoção.

O artigo 43 do ECA¹⁰⁰ estabelece que a adoção deve apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Nada mais vantajoso para aquele que ainda está por nascer do que, desde já, ser colocado no seio de uma família que poderá assegurar uma gestação tranquila e um seio familiar confortável e seguro.

Por fim, o maior direito concedido, constitucionalmente, a todo ser humano, como já se sabe, é o direito à vida. Tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto o Código Civil de 2002, como visto, garantem diversos direitos ao nascituro para resguardar, principalmente, o seu direito à vida. Permitir a sua adoção seria apenas mais uma forma de proteger a vida do nascituro, objetivo principal do ECA¹⁰¹, além de poder garantir uma assistência pré-natal adequada e alimentos civis, a serem pagos pelo adotante¹⁰².

A legislação brasileira já demonstrou várias vezes a sua intenção de proteção àquele já concebido, não só à sua vida, como também à sua integridade, atribuindo inclusive, expressamente, direitos que, aparentemente só são concedidos a sujeitos com personalidade, abrindo assim, como bem indica Artur Marques da Silva Filho, “exceção à hipótese de que o direito sempre pressupõe o direito”, admitindo,

⁹⁸ Art. 42, § 3º, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

⁹⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. 2000. Editora Saraiva – p. 219.

¹⁰⁰ Art. 43, *Estatuto da Criança e do Adolescente*: A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

¹⁰¹ FILHO, Artur Marques da Silva. *Adoção*. 2009. Editora Revista dos Tribunais – p. 103.

¹⁰² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. 2000. Editora Saraiva – p. 225.

portanto, vínculo jurídico com sujeito que, teoricamente, não possui personalidade¹⁰³.

Como exemplo, é possível reforçar a menção ao artigo 1779 do Código Civil e ao direito de curatela que ele concede ao nascituro. A curatela é um instituto do direito civil que, segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, é “deferido por lei a alguém capaz, para reger a pessoa e administrar os bens de quem, em regra maior, não pode fazê-lo por si mesmo”¹⁰⁴. Ou seja, somente a pessoa pode ser curatelada, mas nem por isso o Código Civil deixou de atribuir a capacidade de ser curatelado ao nascituro.

Por todo o apresentado, não é possível afirmar, como faz a corrente contrária, que o Código não admite a personalidade jurídica do nascituro, já que ele mesmo permite a formação de vínculo jurídico no interesse de quem, segundo os adeptos da teoria natalista, não possuem personalidade jurídica. A adoção nada mais é do que o estabelecimento de um liame jurídico entre adotante e adotado, por isso, nada mais justo do que afirmar, por analogia, a possibilidade jurídica deste instituto em relação à pessoa do nascituro¹⁰⁵.

2.3- A adoção do nascituro segundo a Nova Lei da Adoção

A adoção sempre foi um assunto de destaque no direito brasileiro. Antes prevalecia a desigualdade entre filhos considerados legítimos e os filhos adotados, pensamento este que foi extinto com o advento do art. 227, § 6º, em que a igualdade entre os filhos foi afirmada e tornada indiscutível; os filhos adotivos, sem qualquer distinção, seriam integrados total e definitivamente no seio de sua nova família¹⁰⁶.

Porém, tanto antes, quanto depois do reconhecimento da igualdade entre os filhos, muitas foram as leis e atos normativos promulgados no país relacionadas ao tema da adoção; a última delas, lei 12.010/2009, foi sancionada no dia 3 de agosto

¹⁰³ FILHO, Artur Marques da Silva. Adoção. 2009. Editora Revista dos Tribunais – p. 104.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 2011. Editora Saraiva – p. 685.

¹⁰⁵ FILHO, Artur Marques da Silva. Adoção. 2009. Editora Revista dos Tribunais – p. 104.

¹⁰⁶ FURLAN, Alessandra Cristina e PAIANO, Daniela Braga. Nova Lei de Adoção: Principais Alterações. Revista Síntese de Direito de Família, Porto Alegre, n. 62, out./nov. 2010 p. 105.

de 2009 e foi denominada Lei Nacional de Adoção ou nova Lei de Adoção. Esta lei, com apenas 8 (oito) artigos, trouxe inúmeras alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, além alterar os artigos 1618¹⁰⁷ e 1619¹⁰⁸ e revogar os demais artigos do Código Civil de 2002 que tratavam da adoção.

Entre as principais alterações trazidas por esta lei pode-se destacar: a criação de um cadastro nacional visando à facilitação do encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas (art. 50, §5º do ECA)¹⁰⁹; a limitação de 2 (dois) anos, prorrogáveis em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigo (art. 19, §2º do ECA)¹¹⁰; a fixação da idade mínima de 18 (dezoito) anos para que uma pessoa possa adotar uma criança (art. 42, *caput* do ECA)¹¹¹; e a necessidade de que a gestante ou mãe que queira entregar seu filho à adoção seja encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude (art. 13, parágrafo único, do ECA)¹¹².

É necessário, porém, dar destaque a três dessas alterações. Alessandra Cristina e Daniela Braga destacam, em seu artigo sobre a nova lei de adoção, as três principais razões pelas quais esta lei foi criada, quais sejam: para prevenir o afastamento familiar e comunitário, ou seja, a adoção só poderá ser colocada em prática quando estas opções não forem possíveis, posicionamento estabelecido pelo

¹⁰⁷ Art. 1618, *Código Civil de 2002*. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁰⁸ Art. 1619, *Código Civil de 2002*. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁰⁹ Art. 50, §5º, *do ECA*. Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.

¹¹⁰ Art. 19, §2º, *do ECA*. A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

¹¹¹ Art. 42, *caput*, *do ECA*. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

¹¹² Art. 13, *parágrafo único*, *do ECA*. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.

artigo 1º, §2º, da lei 12.010/2009¹¹³; para desburocratizar o processo de adoção, tornando-o mais rápido e prático, diminuindo assim o sofrimento tanto da criança quanto dos adotantes; e para evitar o prolongamento do menor em instituições de acolhimento¹¹⁴.

Ao se preocupar com o tempo de permanência das crianças e adolescentes em abrigos, estabelecendo um prazo máximo de 2 (dois) anos, a nova Lei de Adoção visa cumprir uma das metas para as quais foi criada. Muitas crianças e adolescentes enviadas para abrigos costumam passar infância e adolescência ali, sem que sejam adotadas por nenhuma família, lugar onde enfrentam muitas dificuldades e passam por muitas necessidades. Abrigos não podem, nem de longe, serem considerados melhores para estes menores do que um lar seguro, onde são amados e respeitados¹¹⁵.

A adoção do nascituro, porém, poderia evitar um pouco do caos presente nas instituições de acolhimento à criança. A possibilidade de essas crianças serem adotadas antes mesmo de nascerem evitaria que muitas delas fossem parar nestes locais, impediria que elas ali crescessem o que, muitas das vezes, dificulta a própria adoção, já que muitos casais preferem adotar crianças ainda pequenas, para que possam assim acompanhar todo o seu desenvolvimento.

A criação de um cadastro nacional também foi de muita valia para a regularização e melhor controle do processo de adoção de crianças brasileiras, mesmo que muito criticado por alguns juristas brasileiros, que argumentam isso traria uma exagerada burocratização do processo de adoção. Este cadastro foi criado com o objetivo de facilitar o encontro de crianças e adolescentes em

¹¹³ Art. 1º, §2º, lei 12.010/2009. Na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal.

¹¹⁴ FURLAN, Alessandra Cristina e PAIANO, Daniela Braga. Nova Lei de Adoção: Principais Alterações. Revista Síntese de Direito de Família, Porto Alegre, n. 62, out./nov. 2010, p. 105.

¹¹⁵ BERNARDES, Rachel Rezende. A Nova Lei de Adoção: O que é melhor para o futuro da criança?. Consulex: Revista Jurídica, Brasília, v. 14, n. 334, dez. 2010, p. 36.

condições de serem adotados por pessoas habilitadas¹¹⁶, além de servir como uma melhor forma de proteção daqueles considerados como vulneráveis.

Para conseguir atingir ambos os objetivos, realmente, era necessário o surgimento de uma norma rígida, que de fato evitasse os males que pessoas mal intencionadas poderiam causar às crianças e adolescentes¹¹⁷. E que, também facilitasse o reconhecimento de quantas e quais crianças estariam disponíveis à adoção.

Porém, não é certo afirmar que a criação desse cadastro impediria a concretização do instituto da adoção do nascituro. O direito de família, nos últimos anos, vem priorizando o afeto em detrimento dos laços de sangue. Mais importante do que ser pai ou mãe biológico é escolher ser pai ou mãe daquele ser indefeso que está vindo ao mundo. Até mesmo os pais biológicos, para que tenham um relacionamento saudável com seus filhos, têm que escolher serem pais¹¹⁸.

Se o cadastro apenas lista as crianças disponíveis à adoção e habilita pessoas que tenham o objetivo de adotá-las, não é possível afirmar que ele é uma barreira àquelas pessoas que queiram decidir quais crianças querem adotar, desde que seja respeitada a fila de adoção. Portanto, nada impede que, por exemplo, a pessoa à frente da fila de adoção opte por adotar uma criança ainda não nascida, se assim for o seu desejo. Fazendo esta escolha, o adotante poderá acompanhar a gravidez e o desenvolvimento de seu filho, filho que escolheu para ser seu desde o ventre, mesmo que de forma não usual.

Reforçando esta ideia, Daniela Paiano e Alessandra Furlan ressaltam, mesmo que indiretamente, a importância da adoção do nascituro ao afirmarem que “quanto

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 2011. Editora Saraiva – p. 382.

¹¹⁷ BERNARDES, Rachel Rezende. A Nova Lei de Adoção: O que é melhor para o futuro da criança?. *Consulex: Revista Jurídica*, Brasília, v. 14, n. 334, dez. 2010, p. 36.

¹¹⁸ BERNARDES, Rachel Rezende. A Nova Lei de Adoção: O que é melhor para o futuro da criança?. *Consulex: Revista Jurídica*, Brasília, v. 14, n. 334, dez. 2010, p. 36.

mais cedo ocorrer a adoção, menor o risco de a criança ser marcada pela experiência de abandono e sofrimento”¹¹⁹.

Por fim, a última grande alteração trazida pela nova Lei da Adoção foi a necessidade de a gestante que queira entregar seu filho à adoção passe primeiro pela Justiça da Infância e da Juventude. Esta alteração vem para mostrar que a Lei 12.010/2009 não só não proibiu a adoção do nascituro, como afirmou que ela é possível. Caso a lei não permitisse este tipo de adoção não precisaria enfatizar que a gestante que desejasse encaminhar o seu filho à adoção também deveria ser encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

De acordo com a nova lei, a gestante não só deverá ser enviada à Justiça da Infância e da Juventude como também deverá passar por acompanhamento psicológico (artigo 8º, §5º do ECA)¹²⁰. Isto demonstra a preocupação da lei com a prevenção do afastamento familiar, mas também indica uma busca pelo melhor interesse da criança.

O já citado artigo 43 do ECA determina que a adoção deve apresentar reais vantagens ao adotando. Esta avaliação deverá, então, entender o porquê de esta gestante estar disposta a entregar seu filho e determinar se a adoção realmente é o melhor para o bebê a caminho. Caso a resposta seja positiva, porque não permitir que, desde já, ele seja acolhido por uma família com melhores condições e que, acima de tudo, o ame e o deseje. Afinal, “o que importa é que seja assegurado a cada criança deste país o direito a ter esperanças de um futuro melhor”¹²¹.

¹¹⁹ FURLAN, Alessandra Cristina e PAIANO, Daniela Braga. Nova Lei de Adoção: Principais Alterações. Revista Síntese de Direito de Família, Porto Alegre, n. 62, out./nov. 2010, p. 109.

¹²⁰ Art. 8º, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

¹²¹ BERNARDES, Rachel Rezende. A Nova Lei de Adoção: O que é melhor para o futuro da criança?. Consulex: Revista Jurídica, Brasília, v. 14, n. 334, dez. 2010, p. 36.

3. A jurisprudência brasileira e a adoção do nascituro

3.1– Jurisprudências semelhantes que convalidam a tese da adoção do nascituro

Antes de começar a analisar os julgados tidos como semelhantes é importante explicar o porquê da utilização destes julgados, e não de relacionados diretamente à tese defendida neste trabalho.

O tema adoção do nascituro, apesar de ser de grande importância, não foi amplamente abordado pela doutrina brasileira e, entre a jurisprudência, ele é escasso. Não há entre os tribunais brasileiros um julgado que fale diretamente sobre esta temática. Por isso a necessidade da utilização de acórdãos que, mesmo não fazendo uma análise concreta sobre a adoção do nascituro, seja ela favorável ou desfavorável, permite que se tenha uma ideia de como os tribunais vem se posicionando a respeito de situações envolvendo direitos do nascituro.

3.1.1 – Recurso Especial nº 48119 do Superior Tribunal de Justiça

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pela alínea “a” do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal¹²², contra decisão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que negou provimento ao apelo por ele interposto.

Inicialmente, Sérgio Roberto Athaydes e Cláudia de Freitas Quadros foram presos em flagrante. Cláudia estava “prometendo” entregar a terceiro seu filho em gestação, mediante recompensa; e Sérgio concorria para o crime através da divulgação da oferta em programa radiofônico, na Rádio Cultura de Pelotas-RS

¹²² *Art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal:*

Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

O MM. Juiz de Direito não homologou o auto de prisão e determinou o imediato relaxamento da custódia, argumentando que não havia sido configurado o crime do artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²³ ou qualquer outra infração penal.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, então, apelou desta decisão, sustentando estar abrangido pelo conceito de “filho” o feto em gestação, porém, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não corroborou deste pensamento e defendeu o posicionamento de que “nascituro não pode ser tomado como sinônimo de filho, para efeitos penais, porque a equiparação implica interpretação extensiva”.

Por isso houve a interposição do recurso especial pelo Ministério Público, recurso este que não foi conhecido, por unanimidade, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Este não conhecimento ocorreu porque o STJ considerou que o crime descrito na denúncia foi genérico e não abrangia todos os requisitos do tipo para a configuração do crime. Importante, porém, destacar que o Superior Tribunal, assim como o Ministério Público, defende que o vocábulo “filho” abrange tanto os nascidos como os nascituros¹²⁴.

O Min. Assis Toledo, ao proceder ao seu voto como relator do processo, voto este que foi seguido por mais três ministros, destacou a controvérsia principal do processo, qual seja, a abrangência do vocábulo “filho”. O Sr. Ministro mostrou-se

¹²³ *Art. 238, do Estatuto da Criança e do Adolescente*: Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME DE PROMESSA DE ENTREGA DE FILHO MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. O vocábulo “filho”, empregado no tipo penal do art. 238 da lei 8.069/90, abrange tanto os nascidos como os nascituros. Todavia, a proposta genérica, sem endereço certo, sem vínculo de qualquer natureza entre a promitente e terceira pessoa que se proponha a realizar a condição, é ato unilateral imperfeito, sem maiores consequências, que não preenche os elementos essenciais do tipo em exame. Recurso especial não conhecido. REsp 48119/RS. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Sérgio Roberto Athaydes Abrahão e Cláudia de Freitas Quadros. Relator: Min. Assis Toledo. Brasília, 20 de março de 1995.

Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199400140185&pv=00000000000>>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

favorável à tese de que o vocábulo abrange tanto as crianças já nascidas, como aquelas que ainda estão por nascer.

Para defender o seu posicionamento, Assis Toledo invocou o livro “Tratado de Direito Privado” de Pontes de Miranda num trecho onde este afirma que “os nascituros são, em tudo o que concerne a seu interesse, equiparados aos nascidos...”. Além de trazer à colação um trecho com a opinião da professora Silmara J. A. Chinelato e Almeida, uma das principais defensoras da teoria concepcionista, no qual ela destaca ser o nascituro “pessoa desde a concepção”.

Ou seja, o STJ se posicionou no sentido de que os nascituros devem ser considerados filhos e, como filhos, devem ter seus interesses protegidos, possuindo direitos tanto quanto aqueles já nascidos e, portanto, podendo, por exemplo, ser adotados como qualquer outra criança. É possível, então, com a análise deste julgado, que o STJ possui posicionamento favorável ao instituto da adoção do nascituro.

3.1.2 – Recurso Inominado nº 71002001048 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Trata-se de recurso nominado interposto pela Centauro Seguradoras S/A perante Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão que julgou procedente o pedido formulado por Normélio Francisco da Cruz, atual recorrido.

Inicialmente, o recorrido entrou com uma ação contra a seguradora recorrente objetivando o recebimento de uma quantia indenizatória, por ser ele cessionário dos direitos de crédito de Gislaine Ribeiro Heniski decorrentes do pagamento de indenização de seguro DPVAT em razão da morte de seu filho, então nascituro.

A ação foi julgada procedente e a recorrente condenada ao pagamento de uma indenização no valor de R\$ 16.600,00 (dezesesseis mil e seiscentos reais) que deve ser corrigido pelo IGP-M desde a sentença e juros de mora de 12% ao ano a contar da citação.

Desta decisão recorre a Centauro Seguradoras S/A alegando ser juridicamente impossível o pedido do autor, já que, segundo a recorrente, o nascituro não pode ser considerado pessoa e, portanto, não teria direito a receber indenização e, conseqüentemente, de ceder este crédito, mesmo que representado.

Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não está de acordo com a tese apresentada pela recorrente, por isso, com unanimidade de votos, negou provimento ao presente recurso, defendendo inclusive ser o nascituro “provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção” ¹²⁵.

O Ministro João Pedro Cavalli Júnior, na condição de relator deste processo, proferiu voto, com o qual anuíram os demais julgadores e, com o objetivo de defender o seu ponto de vista, qual seja, ser o nascituro dotado de personalidade jurídica desde o momento da concepção, trouxe à colação ementa e trecho do voto do Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira no mesmo sentido de sua tese ¹²⁶.

O desembargador Carlos Alberto defende “que a personalidade da pessoa humana começa com a própria concepção no ventre materno e não somente a partir do nascimento com vida” ¹²⁷ e também cita a professora Silmara J. A. Chinelato para embasar seu posicionamento, o seguinte trecho:

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. DPVAT. EVENTO MORTE. NASCITURO. SÚMULA Nº 14 DAS TURMAS RECURSAIS. I. O nascituro, porque provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, também é sujeito da cobertura conferida pelo seguro DPVAT, sendo devido o pagamento da indenização em caso de a interrupção da gestação decorrer de acidente de trânsito. Precedentes das TRRS e do TJRS. II. Lide que se solve à luz de entendimento sumulado pelas Turmas Recursais Cíveis (verbete nº 14). III. Substituição processual pela Seguradora Líder impossível. Recurso desprovido. Unânime. Recurso Inominado nº 71002001048. Terceira Turma Recursal Cível, Tribunal de Justiça do RS. Recorrente: Centauro Seguradoras S/A. Recorrido: Normélio Francisco da Cruz. Relator: João Pedro Cavalli Júnior. Porto Alegre, 27 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. SEGURO-OBRIGATORIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO A PERCEPCAO DA INDENIZACAO. O NASCITURO GOZA DE PERSONALIDADE JURIDICA DESDE A CONCEPCAO. O NASCIMENTO COM VIDA DIZ RESPEITO APENAS A CAPACIDADE DE EXERCICIO DE ALGUNS DIREITOS PATRIMONIAIS. APELACAO A QUE SE DA PROVIMENTO. Apelação Cível nº 70002027910, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Apelante: Vera Gleci Chaves e João Doli Dutra Porto. Apelado: HSBC – Bamerindus

“... muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos. Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentamos em nossa tese de doutorado e em trabalhos posteriores que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional”.

Faz-se mister destacar que, este trecho inclui, inclusive, o direito de ser adotado entre os direitos concedidos ao nascituro, o que demonstra que o Tribunal do Rio Grande do Sul não só defende a personalidade jurídica do ser ainda por nascer, como também se posicionou, claramente, a favor da adoção do nascituro.

Recente julgado proferido por este mesmo tribunal, datado do dia 29 de fevereiro de 2012, reforça a posição do tribunal a favor do nascituro como pessoa e mostra que a defesa do nascituro como sujeito de direitos é recorrente no tribunal:

“AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. NASCITURO. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO.

1. O nascituro, provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, está coberto pelo seguro DPVAT, visto que seu bem-estar é assegurado pelo ordenamento pátrio. É devido o pagamento da indenização no caso de interrupção da gravidez e morte causadas por acidente de trânsito. Precedentes das Turmas Recursais.

2. Aplicação da Súmula 14 das Turmas Recursais Cíveis, revisada em 24/04/2008.

RECURSO IMPROVIDO”¹²⁸.

Seguros. Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, 28 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. “AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. NASCITURO. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. 1. O nascituro, provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, está coberto pelo seguro DPVAT, visto que seu bem-estar é assegurado pelo ordenamento pátrio. É devido o pagamento da indenização no caso de interrupção da gravidez e morte causadas por acidente de trânsito. Precedentes das Turmas Recursais. 2. Aplicação da Súmula 14 das Turmas Recursais Cíveis, revisada em 24/04/2008. RECURSO IMPROVIDO”. Recurso Inominado nº 71003041936, Segunda Turma Recursal Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recorrente: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT. Recorrido: Renato Monteiro. Relator: Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 29 de fevereiro de 2012.

3.1.3 – Apelação nº 0003199-60-2011.8.26.0126 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Trata-se de apelação interposta pela Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais perante Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Luciana Aparecida Ribeiro de Castro, atual recorrida.

Inicialmente, assim como no julgado analisado anteriormente, a recorrida entrou com uma ação contra a seguradora recorrente postulando o recebimento de indenização, já que ela, ao sofrer um acidente de automóvel, acabou por perder o bebê que estava esperando, ou seja, a recorrida postulava indenização por morte em nome de seu filho, morto ainda na condição de nascituro.

A ação foi julgada parcialmente procedente e a recorrente condenada ao pagamento de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), a título de indenização, atualizados desde a data da prolação da sentença e com incidência de juros moratórios, contados da citação.

A Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais entrou, então, com recurso contra esta decisão, alegando, principalmente, a impossibilidade de se deferir cobertura do seguro DVAT para o natimorto, porque, segundo ela, a personalidade civil só começa com o nascimento com vida.

Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como os tribunais anteriores, também não concorda com a tese defendida pela recorrente e, por isso, negou provimento ao recurso¹²⁹.

Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 02 de setembro de 2012.

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. SEGURO OBRIGATÓRIO DE VEÍCULO. (DPVAT). COBRANÇA. 1. É desnecessária a comprovação do esgotamento da via administrativa para demonstrar a presença do interesse para o exercício do direito de ação. Inteligência do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. 2. Por conta do princípio da dignidade da pessoa humana e pela busca da ampla proteção almejada pela legislação pátria, deve ser reconhecido o direito da gestante, vítima de acidente de trânsito, no qual veio a perder o filho, o direito de receber a indenização decorrente do seguro obrigatório. Inteligência dos artigos 3º e 4º da Lei nº 6.194/74.

O tribunal começa citando o artigo 3º da lei 6.194/1974¹³⁰, que trata da proteção do seguro obrigatório. O artigo afirma que os danos pessoais cobertos pelo seguro DVAT compreende também as indenizações por morte por pessoa vitimada, ou seja, somente alguém considerado como “pessoa” poderá ser beneficiário deste seguro.

Logo em seguida, o relator cita julgado do Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 1.120.676¹³¹, mais especificamente, um trecho do voto do rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no qual este defende, sabiamente, o nascituro como pessoa ao afirmar ser “pouco defensável a tese de que quem esteja temporária ou definitivamente sob uma *capitis diminutio* não seja pessoa na mesma extensão daquele que não vê sua capacidade reduzida”.

Ainda há quem defenda que o artigo 2º do Código Civil indica que só existe personalidade com o nascimento com vida, que sua parte final, ao por a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, apenas confere uma personalidade condicionada (teoria natalista), porém, Silmara Chinelato, com exatidão, afirma não

Sentença mantida. Recurso improvido. Apelação nº 0003199-60.2011.8.26.0126, Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelante: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Apelada: Luana Aparecida Ribeiro de Castro. Relator: Felipe Ferreira. São Paulo, 23 de maio de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5921675>>. Acesso em: 03 de setembro de 2012.

¹³⁰ Art. 3º, Lei 6.194/1974: Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74. 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. Recurso Especial nº 1120676, Terceira Turma. Recorrente: Nivaldo da Silva e Outro. Recorrido: Liberty Paulista Seguros S/A. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13345968&num_registro=200900175950&data=20110204&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 de setembro de 2012.

haver personalidade parcial, esta deve ser intergral ou não existe, ou seja, não existe uma pessoa parcial¹³².

O Ministro Paulo de Tarso, ao defender a personalidade daquele que ainda não nasceu, defendeu, claramente, ser o nascituro ser sujeito de direitos, uma pessoa completa, não apenas parcial, podendo ele receber a indenização do seguro obrigatório e, conseqüentemente, ser titular de todos os outros direitos conferidos à pessoa já nascida, como por exemplo, a adoção. Pois, segundo as palavras do próprio Ministro:

“se é certo que a lei brasileira previu como aptos a adquirirem direitos e contraírem obrigações, os nascidos com vida, dotando-os de personalidade jurídica, não excluiu do seu alcance aqueles que, ainda não nascidos, remanescem no ventre materno, reconhecendo lhes a aptidão de ser sujeitos de ‘direitos’”.

Portanto, fica demonstrada, de acordo com a jurisprudência tanto do Superior Tribunal de Justiça como do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a possibilidade jurídica do instituto da adoção do nascituro.

3.2– Jurisprudências contrárias à possibilidade jurídica da adoção do nascituro

3.2.1 - Apelação nº 9168597-61.2009.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Trata-se de apelação interposta por Joelma Cassemiro Xavier e Marcelo Marcolino de Souza perante Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial formulado pelos ora recorrentes.

Inicialmente os recorrentes entraram com uma ação de cobrança de capital segurado contra a Companhia Excelsior de Seguros postulando o recebimento de

¹³² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – 168.

indenização, já que Joelma, ao ser atropelada por um veículo automotor, acabou perdendo seu filho, nascituro com 28 a 31 semanas de vida ultrainterina.

A ação foi julgada improcedente e os recorrentes entraram com o presente recurso contra esta decisão, alegando, principalmente, que a personalidade humana começa no momento da concepção, por isso, seu filho, morto em decorrência do acidente, mesmo sedo nascituro, faria jus ao recebimento do seguro DVAT.

O Tribunal de São Paulo, ao julgar a apelação, entendeu pelo seu não provimento, pois este, diferentemente dos recorrentes, acreditam que a personalidade só começa com o nascimento com vida¹³³, que “o Código Civil adotou a teoria natalista em contraposição às teorias concepcionistas ou da personalidade condicional”. Seguindo esta linha de pensamento, o Ministro Relator defende que, já que não se operou o seu nascimento com vida, o natimorto não se tornou sujeito de direitos e, portanto, não adquiriu o direito à indenização pleiteada.

Contradizendo o próprio pensamento, o acórdão afirma que, mesmo a teoria natalista concede ao nascituro alguns direitos, direitos estes que são, segundo ele, certos, porém limitados. Ou seja, primeiro o acórdão afirma não ser o natimorto merecedor da indenização por não ser sujeito de direitos, depois afirma que o nascituro pode ser sujeito de alguns direitos, direitos estes que, por lhe pertencer, o acompanharia para sempre, mesmo que não nascesse com vida.

O acórdão tentou defender a teoria natalista, mas acabou por fazer uma mistura entre as três teorias sobre o início da personalidade, primeiro defendeu não

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. SEGURO OBRIGATÓRIO DE VEÍCULO (DPVAT) - AÇÃO DE COBRANÇA - O direito de pretensão dos autores, genitores de natimorto vítima de acidente de veículo, não está prescrito — A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Natimorto não adquire nem transfere direitos. A proteção que o Código confere ao nascituro alcançará o natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura (Jornada I do STJ, enunciado nº 1) - Recurso não provido. Apelação Cível nº 9168597-61.2009.8.26.0000, Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado. Apelantes: Joelma Cassemiro Xavier e Marcelo Marcolino de Souza. Apelado: Companhia Excelsior de Seguros. Relator: Antônio Benedito Ribeiro Pinto. São Paulo, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4973389&v1Captcha=nvbps>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

ser o nascituro, de jeito algum, sujeito de direitos, depois afirma ser ele uma “pessoa sob condição” e, por fim, sustenta a possibilidade de possuir ele alguns direitos, desde a concepção. Porém, ao final de tudo, nega provimento ao pedido de indenização pela morte do nascituro, prevalecendo, assim, no julgamento, a teoria natalista.

O julgado em questão agiu de forma equivocada ao negar a reparação em decorrência de morte aos representantes do nascituro. O ser em formação pode não ter nascido ainda, mas já faz parte deste mundo, sendo detentor, inclusive, de proteção pelo Código Civil brasileiro. Como bem afirma a professora Silmara Chinelato, a legislação brasileira sempre concedeu direitos ao nascituro, os quais não dependem do nascimento com vida, tendo em vista que são direitos *erga omnes*, com eficácia estendida a todos os seres humanos, como o direito à vida, à integridade física, entre outros¹³⁴.

No caso em questão, houve um atentado direto à vida do ser em formação, portanto, nada mais justo do que receber a reparação estabelecida pela lei 6.194/1974. Ou seja, o nascituro deve ser reparado civilmente caso uma força exterior viole algum de seus direitos.

Possível, então, incluir a adoção entre esses direitos do nascituro, já que, como demonstrado anteriormente, esta seria uma forma de proteção à vida e à integridade física deste ser humano. O julgado analisado, de forma errônea, ao discorrer sobre os direitos do nascituro, depois de muitas voltas, deixou de repará-lo por uma violação ao mais importante de todos os direitos, o direito à vida, o que permite concluir que também seria desfavorável à adoção do nascituro, caso este fosse o tema em pauta.

3.2.2 - Apelação nº 1.0079.07.358013-0/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais perante Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas

¹³⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – 165.

Gerais contra sentença que deferiu o pedido inicial, para autorizar o registro do natimorto, com os dados constantes da declaração de óbito acostada aos autos.

Inicialmente Cleonice Santos Barbosa entrou com um Procedimento de Alvará Judicial para Registro de Óbito pretendendo autorização para o registro do óbito de seu filho natimorto, já que havia decorrido o prazo para a realização do registro, por negligência do hospital onde ocorreu o parto prematuro.

A ação foi julgada procedente, porém o Ministério Público entrou com este recurso, alegando, principalmente, que o pedido inicial não foi deferido de forma completa, pois o registro foi permitido, mas não foi determinado que se desse um nome ao natimorto, à escolha de Cleonice.

O Tribunal de Minas Gerais entendeu por não dar provimento à apelação já que se coloca como defensor da teoria natalista¹³⁵. O Min. Relator, ao defender a sua posição, argumenta¹³⁶:

No meu entendimento, o nascimento com vida é fato que constitui condição para a concretização dos direitos da personalidade. E, assim como se resguarda ao nascituro o direito à herança, o qual somente se consolidará se ocorrer o nascimento com vida, a concretização do direito ao nome também exige a implementação dessa condição.

É dizer, se o feto não nasce com vida, ele perde os direitos que a lei lhe vinha protegendo.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível. REGISTRO PÚBLICO - NASCITURO - NOME DIREITO DA PERSONALIDADE - NASCIMENTO COM VIDA - CONDIÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO - TEORIA NATALISTA - ART. 2º DO CCB. O nascimento com vida é fato que constitui condição para a concretização dos direitos da personalidade. Assim como se resguarda ao nascituro o direito à herança, o qual somente se consolidará se ocorrer o nascimento com vida, a concretização do direito ao nome também exige a implementação dessa condição. É dizer, se o feto não nasce com vida, ele perde os direitos que a lei lhe vinha protegendo. Apelação Cível nº 1.0079.07.358013-0/001, Sétima Câmara Cível, Comarca de Contagem. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Heloisa Combat. Belo Horizonte, 07 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=E7D9EF37633212B6CE0E6B4B6CBFA7BC.proc_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.07.358013-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

¹³⁶ Ibidem.

Ocorre que este entendimento do tribunal não pode ser tido como verdadeiro. Como afirmado anteriormente, os direitos concedidos ao nascituro não dependem do nascimento com vida, segundo entendimento de Silmara Chinelato, principalmente os direitos de personalidade.

A professora afirma: “o nascituro é titular dos direitos da personalidade, o que decorre da qualidade de pessoa,...” ¹³⁷. O direito ao nome está incluído no rol de direitos da personalidade conforme o artigo 16 do Código Civil de 2002¹³⁸. Portanto, já que o direito ao nome é um direito de personalidade, o nascituro o possui, de forma ampla, desde a concepção e deve tê-lo protegido com maior cautela, já que ainda não pode fazê-lo por conta própria. Não é um direito condicionado ao nascimento, ele já existe desde a concepção, pois se não, seria o mesmo que considerar que o ser em formação não existe, não tem importância.

Portanto, estes julgados, apesar de não versarem especificamente sobre adoção do nascituro, contêm argumentos hábeis a sustentar ou contrariar a hipótese de verificação contida nesta pesquisa, a saber, a possibilidade jurídica da adoção do nascituro.

¹³⁷ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000. Editora Saraiva – p. 292.

¹³⁸ Art. 16, do Código Civil de 2002: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

CONCLUSÃO

Na presente monografia foi realizado um estudo sobre o instituto da adoção e procurou-se defender a possibilidade de este instituto ser aplicado também ao nascituro, ao ser ainda em formação. Para comprovar esta tese, foi feita uma análise de diversos aspectos nos quais pode se envolver o nascituro, tais como direitos fundamentais, legislações a ele aplicáveis e, principalmente, as diversas teorias sobre o início da personalidade jurídica, com o objetivo de declarar o nascituro sujeito de direitos e, assim, concluir que ele também pode ser beneficiário da adoção.

Observou-se, após a realização de uma pesquisa doutrinária sobre os direitos fundamentais, que estes são direitos de todos os seres humanos, sem distinção, e, portanto, todo aquele considerado como ser humano deve ter seus direitos fundamentais protegidos, tais como o direito à vida, ao desenvolvimento digno, à assistência social, à saúde, entre outros.

Foi possível verificar que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos, mas não estabelece um limite mínimo para que determinado indivíduo seja considerado criança, portanto, ficou provado que nada impede o nascituro de ser tido como pessoa, sujeito de direitos, um ser humano, e que, por isso, deve ter seus direitos fundamentais assegurados.

Também realizou-se uma análise das normas constitucionais que se relacionam com a pessoa do nascituro. Constatou-se, então, que diversos dispositivos constitucionais corroboram a tese da adoção de nascituro, sendo o principal deles o artigo 227 §6º, o qual estabelece que não deve haver distinção entre os filhos, portanto, se um filho nascido tem o direito de ser dado em adoção e de ser adotado, por que não teria o filho ainda por nascer? A não ser que ele não pudesse ser considerado filho.

A Nova Lei de Adoção também foi utilizada como fundamento para a comprovação da tese defendida, e foi demonstrado como as alterações trazidas por

esta lei não seriam nenhum obstáculo à adoção do nascituro, pelo contrário, algumas dessas alterações serviram, inclusive, para reforçar os argumentos a serem desenvolvidos em prol da adoção do nascituro. Por exemplo, a exigência de que a gestante que deseje dar o seu filho à adoção seja avaliada pela Justiça da Infância e da Juventude, esta alteração serviu para comprovar que a Lei 12.010/2009, indiretamente, também apoia a possibilidade jurídica desta adoção.

Tendo como principal ponto de apoio o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, este estudo monográfico procurou demonstrar não só a possibilidade jurídica da adoção do nascituro, como também procurou frisar o quanto o reconhecimento da existência deste tipo de adoção poderia beneficiar o ser em formação. Ele seria colocado, desde o ventre materno, como membro de uma família que o acolheria, conceder-lhe-ia toda a ajuda e assistência necessária, para que assim ele pudesse ter um desenvolvimento digno, ou seja, seria a concretização de um de seus direitos fundamentais.

Comprovou-se, também, que a aceitação da possibilidade jurídica da adoção do nascituro também ajudaria a combater diversos problemas enfrentados pelas crianças e adolescentes de nosso país. O crescente número de abortos ilegais e o aumento significativo do número de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento, bem como a dificuldade que a grande maioria dessas crianças enfrenta para conseguir um lar, uma família que os acolha, os adote; todos esses seriam problemas que, como ficou demonstrado, poderiam ser amenizados caso fosse possível a adoção ainda no ventre materno.

Portanto, diante de todos os argumentos apresentados e desenvolvidos neste trabalho monográfico, é imperial reconhecer a possibilidade jurídica da adoção do nascituro, tendo em vista que esta seria um ótimo instrumento para ajudar a amenizar problemas enfrentados diariamente pelas crianças deste País.

REFERÊNCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf> Data de acesso: 13/05/2012.

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a alimentos. Editora Aide, 2001.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. Editora Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 5. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220-221.

BERNARDES, Rachel Rezende. A Nova Lei de Adoção: O que é melhor para o futuro da criança?. Consulex: Revista Jurídica, Brasília, v. 14, n. 334, dez. 2010, p. 36.

BUENO, Francisco da Silveira. Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa. Editora Saraiva, v. 6, 1960.

CARDOSO, Marina Pacheco. A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 53.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Artur Marques da Silva. Adoção. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FURLAN, Alessandra Cristina e PAIANO, Daniela Braga. Nova Lei de Adoção: Principais Alterações. Revista Síntese de Direito de Família, Porto Alegre, n. 62, out./nov. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Editora Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. Editora Martins Fontes, 1999.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais. Editora Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado; parte especial; Direito de Família: Direito Parental; Direito Protectivo. Bolsoi, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. Editora Forense, 2010.

PUSSI. William Artur. Personalidade Jurídica do Nascituro. Juruá Editora, 2005.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 1998. Editora Del Rey – p. 21.